

EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN ESPAÑA

Consuelo Doncel Rodríguez,

Premio Ensayo Jurídico San Raimundo de Pañefort, 2015

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. LA PROBLEMÁTICA DEL USO DEL VELO ISLÁMICO EN ESPAÑA.....	4
2. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SUS LÍMITES: EL ORDEN PÚBLICO. EN ESPECIAL, EL VELO ISLÁMICO.....	6
2.1. La libertad religiosa y sus límites: el orden público.....	6
2.2. Simbología religiosa. La problemática del velo islámico en España. paternalismo jurídico como consecuencia del etnocentrismo europeo.....	12
2.2.1. Simbología religiosa.....	12
2.2.2. La problemática del velo islámico en España.....	13
2.3. El paternalismo jurídico como consecuencia del etnocentrismo europeo en la prohibición del uso del velo islámico.....	15
3. EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN ESPACIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA.....	19
3.1. Introducción.....	19

3.2. El uso del velo islámico en la escuela pública.....	19
3.3. El uso del velo islámico en los centros sanitarios públicos.....	23
3.4. El uso del velo islámico integral en los espacios públicos en general.....	24
4. CONCLUSIONES.....	31
5. BIBLIOGRAFÍA.....	34

1.-INTRODUCCIÓN. LA PROBLEMÁTICA DEL USO DEL VELO ISLÁMICO EN ESPAÑA

Si bien es cierto que los debates originarios en torno al velo islámico surgieron en España hacia el año 2002 y que a lo largo de estos años, parece que la cuestión se encontraba superada, los últimos pronunciamientos judiciales han reavivado el debate, pronunciándose en un sentido muy similar al que venían adhiriéndose las diferentes corrientes doctrinales.

El uso del velo islámico, cada vez más extendido como consecuencia de las numerosas comunidades islámicas existentes en nuestro país, es una realidad difícil de negar y consecuentemente, era necesario que por parte del legislador y de los Tribunales, existieran pronunciamientos a favor de la integración de los mismos en la sociedad española, como así parece finalmente que ha sido.

Hoy más que nunca parece hacerse necesario un mayor entendimiento entre la sociedad española y la musulmana, a fin de que pueda garantizarse su ejercicio tanto por unos como por otros del derecho de libertad religiosa, que como veremos, es un derecho fundamental que goza de la mayor protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Solamente a través del entendimiento y del diálogo se pueden crear sociedades que colaboren mutuamente en la creación de un mundo más justo en el que el respeto a los derechos fundamentales sea un pilar básico desde el que seguir fomentando el respeto a otras culturas. Es por ello, que entendemos que los poderes públicos, como así

les exige la Constitución, lejos de poner trabas, deben ser los primeros que favorezcan el pleno respeto a los derechos fundamentales y los que deben velar para que el ejercicio de los mismos se haga siempre sin injerencias de terceros.

A lo largo del presente trabajo se expone la problemática planteada en torno al uso del velo islámico por la mujer musulmana, se discute si efectivamente el uso del velo contraviene el derecho a la igualdad de la mujer, se examinan los casos más conocidos que en torno a esta cuestión se han planteado en España y en definitiva, se pretende dar una visión general de la problemática que ha existido, así como de las soluciones que se han ido dando por parte de los poderes públicos y de los Tribunales.

Para comenzar, la pregunta a la que trataremos de dar respuesta será la siguiente:
¿debe prohibirse el uso del velo islámico en los espacios públicos en España?

2.-LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SUS LÍMITES: EL ORDEN PÚBLICO. EN ESPECIAL, EL VELO ISLÁMICO

2.1. La libertad religiosa y sus límites: el orden público

La libertad religiosa se configura como un derecho constitucional recogido en el art. 16 de nuestra Carta Magna, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades *“sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*.

El derecho fundamental a la libertad religiosa ha sido concretado por nuestro Tribunal Constitucional, que entiende que este derecho tiene una doble dimensión: una dimensión interna, consistente en garantizar un *“claustró íntimo de creencias, y por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”* y una dimensión externa, que permite a los ciudadanos *“actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”¹*.

Por lo tanto, se configura en nuestro ordenamiento jurídico un concepto positivo del fenómeno religioso, en el sentido de que la práctica religiosa no queda confinada en

¹ STC 177/1996, de 11 de noviembre, F.J.9º (RTC 1996\177), en CAÑAMARES, ARRIBAS, S. *“Símbolos religiosos en un estado democrático y plural”*. Revista de Estudios Jurídicos nº10/2010 (Segunda Época). Universidad de Jaén (España). 2010. Pág. 2.

la esfera privada de los ciudadanos, sino que puede desarrollarse libremente por los ciudadanos, sin que puedan ser coaccionados por el Estado y demás grupos sociales².

Buena prueba de ello lo encontramos en el apartado 3 del art. 16 CE cuando establece que *“los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”*. Se impone, por tanto, un deber a los poderes públicos para que tengan en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad, que incluye el mantenimiento de relaciones de cooperaciones con las distintas confesiones.

Este precepto constitucional ha sido desarrollado a través de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980 (en adelante LOLR) la cual se limita a señalar que el Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, si bien no ofrece definición alguna de ambos conceptos. Se limita a enumerar manifestaciones que se encuentran incluidas dentro del derecho fundamental amparado por la Constitución, excluyendo explícitamente otras.

Sin embargo, encontramos una definición bastante esclarecedora de cuál es el contenido del derecho de libertad religiosa en la Observación General del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al artículo.18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de.20 de julio De 1993: *“el Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo.1 del art.18, es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso*

² Vid. ESCOBAR MARÍN, J.A. *“El derecho de libertad religiosa y sus límites jurídicos”*. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XXXIX (2006). Pág. 38.

con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas”³.

El estatuto constitucional de la libertad religiosa lo constituye la idea de que la libertad de pensamiento o ideológica protege el derecho de cualquier persona a que tener su propia concepción del mundo, mientras que la libertad religiosa tendría por objeto la fe como acto y la fe como contenido de dicho acto, incluyendo la religión en sus diferentes manifestaciones⁴.

Si bien no existe unanimidad en la doctrina respecto de qué debe entenderse por libertad religiosa y de culto, si existe avenencia respecto de cuáles son los límites, a los que como derecho fundamental, se ve sometida la libertad religiosa⁵.

Como veíamos *ut supra*, el art. 16 CE al regular el derecho de libertad religiosa, establece claramente un límite: “*el mantenimiento del orden público protegido por la Ley*”. Por lo tanto, será el orden público el que circunscriba el ámbito de la libertad religiosa.

El concepto de orden público será nuestro punto de partida, pues la mayoría de las manifestaciones y resoluciones adoptadas ante la problemática que es objeto de este

³ Vid. Observación general N° 22 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al artículo.18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de.20 de julio De 1993, 48° período de sesiones (1993). Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18).

⁴ Vid. POLO SABAU, J.R., “*Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho Español*”, Ed. Bosch. 2014.

⁵ Los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, como así ha venido reiteradamente poniendo de manifiesto el Tribunal Constitucional. En este sentido, ha señalado que “*los derechos fundamentales recogidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga (...)*” STC 57/1994 de 28 de febrero en CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Op. Cit.* Pág. 3.

estudio, relativa al uso del velo islámico en los espacios públicos, encuentran acomodo en el concepto de orden público tanto para limitar el uso del mismo como para aceptarlo.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado, susceptible de ser determinado a partir de la casuística que en cada caso se plantee. Sin embargo, la necesidad de una definición que permita identificar en qué casos nos encontramos ante una vulneración del orden público y en cuales no, ha dado lugar a una abundante doctrina en este sentido.

Con el fin de delimitar este concepto, el legislador va más allá de la previsión constitucional, y en el art. 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa establece que *“el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”*.

Por lo tanto, serán cuatro los elementos integradores del concepto de orden público: la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales; la salvaguardia de la seguridad pública; la salud pública y por último, la moralidad pública⁶:

La *seguridad pública* no abarca solamente la seguridad ciudadana, sino que incluye otros aspectos como por ejemplo los derechos y libertades de los extranjeros, protección, civil, tráfico, etc. El Tribunal Constitucional la define como *“aquella*

⁶ Cada uno de estos elementos configuradores del orden público son objeto de estudio más detallado en ESCOBAR MARÍN, J.A., *Op. Cit.* Pág. 52 y ss.

*actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionantes*⁷”. En este sentido, debe entenderse la seguridad pública como la protección de personas y bienes en el ámbito de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La *moralidad pública* es uno de los términos más complejos debido a su indeterminación. No existe una definición actual de lo que debe entenderse por moralidad pública, si bien es cierto que por la doctrina se ha defendido que esta moral pública sería un mínimo exigible al conjunto de los ciudadanos. De igual forma, este concepto debe ser aplicado restrictivamente.

En cuanto a la *salud pública*, no hablaremos exclusivamente de salud física, sino que abarca también otras cuestiones que van más allá del bienestar físico, como puede ser el mental y psicológico.

La dificultad que entraña definir cada uno de estos conceptos y delimitar el ámbito del orden público, hace que sea imprescindible tener presente la práctica judicial que ha venido concretando cuando deben prevalecer los derechos constitucionales enfrentados. No siempre será la libertad religiosa la que prevalezca ante otros derechos fundamentales como la vida, la integridad física o la educación. Habrá que atenerse a cada caso concreto, de tal forma que la casuística en esta materia es fundamental para un estudio completo de un derecho fundamental con tantos matices como es el de la libertad religiosa.

⁷ STC 33/1982, de 8 de junio. FJ 3 en ESCOBAR MARÍN, J.A., *Op. Cit.* Pág. 53.

Así, ha señalado la jurisprudencia que *“la aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y de las comunidades, así como la laicidad y la neutralidad del Estado. La respuesta constitucional sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades del caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho –que no es ilimitado o absoluto– a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley”* (STC de 18 de julio de 2002⁸).

La jurisprudencia a este respecto ha tenido en cuenta circunstancias como la actuación libre de la persona, de tal forma que se tenga en cuenta la capacidad de la persona que toma la decisión, su grado de conocimiento y la ausencia de coacciones externas; la distinción entre convicciones ideológicas y religiosas diferenciando entre objeción de conciencia y desobediencia civil; la distinción entre salud pública y salud privada, de tal forma que se compruebe si efectivamente existe riesgo para la salud pública y por último, la distinción entre salud propia y de tercero, de tal forma que sólo será susceptible de protección jurídica la salud propia y nunca la ajena⁹.

⁸Vid. STC DE 18 de julio de 2002, citado en ESCOBAR MARÍN, J.A., *Op. Cit.* Pág. 61.

⁹ Vid. ESCOBAR MARÍN, J.A., *Op. Cit.* Pág. 62.

2.2. Simbología religiosa. La problemática del velo islámico en España. El paternalismo jurídico como consecuencia del etnocentrismo europeo.

2.2.1. Simbología religiosa

Durante muchos años, las diferentes confesiones religiosas le han concedido una importante notoriedad a las imágenes que las representan, de tal forma que los elementos religiosos existentes hoy en día en la sociedad tienen un significado tanto para aquellos que profesan la fe como para los no creyentes. La secularización sufrida en nuestras sociedades ha conllevado que buena parte de ellos hayan perdido el significado que tradicionalmente han tenido, si bien es cierto que ello no ha impedido que dichos objetos sigan teniendo un significado prevalentemente religioso. Como ejemplos, podríamos citar la estrella de David, los crucifijos o el velo islámico, siendo éste último objeto de estudio del presente trabajo

Estos símbolos religiosos sirven de cohesión en la comunidad de fieles, a los cuales se les otorga un sentido generalmente conformado por la tradición. En este sentido puede afirmarse que estos símbolos religiosos, conformando una cultura propia de la confesión religiosa, manifiestan la experiencia de lo trascendente y la idea de lo divino y absoluto. El símbolo religioso acumula una importante carga histórica de una comunidad que contribuye principalmente a la formación y al mantenimiento de la conciencia comunitaria¹⁰.

Para el Tribunal Constitucional *“todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo: por tanto, no*

¹⁰ Vid. MARABEL MATOS, J.J. “El uso de simbología religiosa dinámica en espacios públicos sanitarios”. Revista de Derecho UNED (12). 1º semestre. ISSN: 1886-9912. 2013. Pág. 414.

resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos que siempre es social (STC 34/2011, de 28 de marzo¹¹).

La existencia, por tanto, de estos símbolos religiosos debe permitir que por parte de los poderes públicos se intente la conciliación de éstos con las restricciones establecidas por el art. 3.1 LOLR, anteriormente citado.

El principal reto de los poderes públicos no puede ser otro sino asegurar un espacio de encuentro y tolerancia por encima de cualquier otra medida que suponga radicar de la esfera pública el hecho religioso. El deber de éstos será el mantener un verdadero pluralismo religioso¹².

2.2.2. La problemática del velo islámico en España

Existe obligación para los musulmanes de llevar la cabeza cubierta como signo de respeto y forma de protección simbólica a los ángeles de Alá. De igual forma existe prescripción coránica que ordena a las mujeres no mostrar sus partes femeninas en público, por lo que con el fin de dar cumplimiento a dicha prescripción, en los diferentes países musulmanes se han ido desarrollando diferentes formas de vestir por la mujer islámica¹³.

¹¹ *Ibidem*. Pág. 415.

¹² *Ibidem*. Pág. 416.

¹³ Vid. MORENO ANTÓN, M., “Proyección multicultural de la libertad religiosa en el ámbito escolar”.

El velo islámico o *hiyab* es un velo que deja visible completamente la zona de la cara, a diferencia de lo que sucede con el *niqab* que cubre todo el cuerpo hasta la rodilla y sólo deja libre la zona de los ojos y del *burka* afgano que oculta completamente el cuerpo dejando a la mujer exclusivamente la visión exterior a través de una rejilla tupida que le impide ser vista¹⁴.

El uso del *hiyab* por la mujer musulmana en nuestro país se ha gestionado sin mayores incidencias, de tal forma que las mujeres que querían llevar el velo en los espacios públicos lo han llevado y las que no han querido no, sin que haya sido necesaria intervención alguna por los poderes públicos en aras a la limitación del uso de esta prenda de vestir.

Salvo algunas excepciones como las que más adelante veremos, lo cierto es que España se ha mostrado permisiva al uso del velo islámico en la escuela pública. Sigue sin existir regulación alguna al respecto y lo cierto es que si se intentara introducir una regulación relativa al uso del velo islámico en los espacios públicos, se plantearía un serio problema debido a la incidencia regional del problema. Buena prueba de ello es que en Melilla el 50% del alumnado es musulmán¹⁵. En los colegios de Melilla se permite que las alumnas acudan a clase con el velo, pues lo cierto, como ha señalado el Ministerio de Educación, es que solamente se plantea el problema de su uso en algunas asignaturas como en educación física, en las demás no existe incidencia alguna de su uso. La integración del velo islámico en las escuelas en Melilla se ha realizado con total

¹⁴ Vid. GARCÍA VÁZQUEZ, S., “*El Derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial*”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 17. 2013. ISSN: 1138-039X. Pág. 377

¹⁵ Vid. DÍAZ MUÑOZ, O. “*El derecho constitucional de libertad religiosa del menor: Familia, escuela y tratamientos médicos*”. Ed. Palestra Editores, S.A.C. 2010. Pág. 215.

normalidad y en todos los niveles, incluyendo los colegios religiosos y privados¹⁶. Además, España contaba en el año 2010 con 125.000 alumnos musulmanes escolarizados¹⁷.

Sin embargo, a raíz de diferentes acontecimientos ocurridos en España, tanto los tribunales ordinarios como el Tribunal Constitucional han tenido ocasión de pronunciarse sobre este fenómeno, dando lugar al nacimiento de una polémica que ha tenido una cierta trascendencia y que ha planteado el siguiente debate: ¿debe permitirse el uso del velo islámico en los espacios públicos? La respuesta, a priori, no es sencilla y requiere un estudio más profundo, tanto del contenido de la libertad religiosa que propugna nuestra Carta Magna como de la aplicación por parte de los poderes públicos del mismo. Este es nuestro punto de partida.

2.3. El paternalismo jurídico como consecuencia del etnocentrismo europeo en la prohibición del uso del velo islámico.

El uso del velo islámico en España, pese a la escasa incidencia que ha planteado esta problemática en la convivencia de las mujeres musulmanas en España, ha dado lugar a un interesante debate doctrinal y jurisprudencial sobre si debe prohibirse o no el uso de esta prenda.

¹⁶ Vid. NAVARRO-VALS, R., “*Laicidad y Simbología Religiosa*”. *El Mundo*, 19 de diciembre de 2003. Citado en DÍAZ MUÑOZ, O., *Op. Cit.* Pág. 215.

¹⁷ Vid. ESLAVA, C. “*Revuelo por el velo*”, *Revista la Tribuna del Derecho*, Madrid. 1 de mayo de 2010. Pág. 10.

Nos resulta especialmente llamativo que algunos de los argumentos que se han esgrimido a favor de la prohibición encuentran amparo en la supuesta vulneración de igualdad de las mujeres y el paso atrás que supone permitir en occidente una costumbre que se entiende contraria a algunos principios democráticos y defensores de la igualdad entre el hombre y la mujer, de tal forma que la permisividad del uso del velo para las mujeres islámicas se opondría frontalmente con los principios básicos de cualquier sistema democrático occidental.

A favor de esta postura, los argumentos consisten en defender que no se trata de una visión etnocentrista sino que *“la posición de subordinación de la mujer en el Derecho islámico es una realidad incompatible con los valores imperantes en nuestro país, en particular, con la igualdad, que descansa en la dicción literal del art. 14 CE. En palabras de la Prof. Z. COMBALIA, la penetración de instituciones islámicas de inspiración patriarcal origina problemas en ordenamientos jurídicos en los que la igualdad entre hombres y mujeres constituye un valor fundamental e inquebrantable del sistema¹⁸”*.

Sin embargo, entendemos que dicha postura adolece de un fuerte etnocentrismo europeo y que la misma se encuadra dentro de un paternalismo jurídico¹⁹ que presenta difícil justificación a la hora de argumentar la prohibición del velo islámico. Y esta es la postura que parece imperar tanto en la doctrina como en las resoluciones de los Tribunales españoles, como más adelante veremos.

¹⁸ GARCÍA VÁZQUEZ, S., *Op. Cit.* Pág. 380.

¹⁹ El paternalismo jurídico consiste en la protección de los individuos frente a actividades que le producen un daño a ellos mismos, de tal forma que se extiende por parte del Estado una protección del ciudadano frente a sí mismo. Para una mayor comprensión de esta figura, Vid. HART, *“Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)”*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson, 2006.

En este sentido, FERREIRO, de forma acertada a nuestro parecer, ha señalado que *“aplicar indiscriminadamente la interpretación de que toda mujer lleva un hiyab lo hace (sea consciente o no) obligada por terceros supondría una amenaza al espíritu de libertad y de libre desarrollo de la personalidad que son parte del patrimonio axiológico de nuestro sistema jurídico (...)*²⁰”.

Para ESCOBAR MARÍN, *“aplicando la componente de moralidad pública como ese mínimo ético exigible a todo ciudadano tal y como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han apuntado, habría que diferenciar los casos en los que estas prendas sean empleadas como símbolos de sumisión de la esposa a su marido o a cualquier otra persona contra la propia voluntad y los casos en los que se ejerce el derecho de manifestar su identidad cultural y religiosa. En aquellos casos donde su utilización podría afectar a los principios de igualdad o libertad de las mujeres y niñas, se trataría de situaciones en las que la persona se vería obligada a llevar este u otro tipo de vestimenta. En estas circunstancias, se estaría violentando, no el derecho de libertad religiosa propiamente sino su libertad en un sentido amplio. Serían situaciones que entran dentro del tipo penal del delito de coacciones, al margen por tanto de la legalidad.*

*En muchas ocasiones, parece que la mayoría, la utilización de estas prendas se hace con pleno conocimiento y asentimiento por parte de las personas que la utilizan. En estos casos estas mujeres están ejerciendo su derecho de libertad religiosa*²¹”.

En este punto, resulta muy interesante no perder de vista que admitir que la mujer musulmana porta un velo islámico como fruto de una violencia o desigualdad de

²⁰ FERREIRO GALGUERO, J., *Op. Cit.* Pág. 120.

²¹ ESCOBAR MARÍN, J.A., *Op. Cit.* Pág. 91.

género, nos lleva a asumir que dicho problema no recae exclusivamente sobre las mujeres musulmanas sino que la cultura tradicional machista ha existido -quizás no con la misma intensidad- en países europeos como el nuestro. Para evitar estas desigualdades de género, el Estado ya dispone de otros métodos más eficaces, que permiten luchar contra la tradicional cultura machista, que quedan fuera, como no podría ser de otra manera, del ámbito de la libertad religiosa²².

Debe quedar desterrado, a nuestro juicio, el argumento de que el uso del velo islámico transgrede los derechos fundamentales de las mujeres que lo portan, porque entendemos que de lo contrario, el estudio que pueda realizarse del velo islámico se encontrará enmascarado por una lucha de la defensa de la igualdad de las mujeres que en primer lugar, a nuestro parecer no requiere tal defensa y en segundo lugar, porque desvía el tema central objeto de estudio, que no es otro que la confrontación entre libertad religiosa y orden público, en los términos del art. 16 CE.

Cualquier otra visión entendemos que adolece de un fuerte etnocentrismo europeo y que confunde la defensa de los derechos humanos con la convivencia de diferentes religiones y el respeto a otras culturas, aumentando la confusión respecto del tema objeto de estudio y dificultando notablemente el acercamiento al mismo.

²² ALÁEZ CORRAL, B. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”. Teoría y realidad constitucional. Núm. 28. Uned. 2011. Pág. 508.

3. EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN ESPACIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA

3.1. Introducción.

La problemática surgida en España en torno al velo islámico ha tenido un epicentro claro: la escuela pública, sobre todo en lo que se refiere a las menores de edad que han acudido a clase portando el *hiyab*. Es en este ámbito donde ha suscitado mayores incidencias. Sin embargo, el velo islámico también ha tenido una incidencia, aunque en mucha menor medida, en los espacios sanitarios, por lo que haremos una breve referencia a éstos y también, en la prohibición del uso del velo en los espacios públicos en general, cuestión que estudiaremos a raíz de la polémica surgida en torno al Ayuntamiento de Lleida y su prohibición del velo integral.

3.2. El uso del velo en la escuela pública

Podríamos situar el inicio de la polémica en el año 2002, cuando un colegio religioso de San Lorenzo de El Escorial impidió a Fátima Ledrisse, una alumna de 13 años que portara el *hiyab* en clase. El motivo por el que ésta se encontrara en un colegio religioso radicaba en que el padre de Fátima había solicitado una plaza en un colegio público pero al encontrarse todas cubiertas, los responsables educativos de la Comunidad de Madrid decidieron escolarizarla en este centro católico concertado. El

padre se negó a la escolarización de la menor por no permitírsele el uso del *hiyab* y la polémica finalizó con la incorporación de la menor a un colegio público de la zona²³.

La segunda problemática aparece en el año 2010, cuando Najwa Malha comenzó a ser sancionada por portar el *hiyab* a la escuela por entender que el reglamento del régimen interno prohibía “*utilizar gorras u otras prendas que cubran la cabeza*” (art. 32.4 del Reglamento). Finalmente la decisión del centro fue recurrida por el padre de la menor²⁴, y se encuentra actualmente pendiente de resolución por los tribunales.

Tratándose de alumnas, el principio de laicidad del art. 16.3 CE no es argumento suficiente para sostener la prohibición del velo islámico en España²⁵.

No cabe duda alguna de que permitir el uso de símbolos religiosos por parte de las personas, siempre que no se produzca vulneración de los derechos fundamentales, no va en contra de la aconfesionalidad del Estado, pues no cabe duda de que quien es aconfesional es el Estado y nunca las personas. Una radical oposición por parte del Estado a los símbolos religiosos en los términos que venimos comentando, cambiaría radicalmente la aconfesionalidad del Estado por un Estado laicista, esto es, hostil con el fenómeno religioso. Ello es así porque la coacción sobre las personas que profesan una determinada religión se opone frontalmente con la aconfesionalidad del Estado y en

²³ Vid. FERREIRO GALGUERA, J. “*Símbolos religiosos en la escuela pública: crucifijos en el aula y alumnas con hiyab*” en SOUTO PAZ, J.A., Coord, “*Educación y libertad*”, 2012, ISBN 978-84-15-45464-9. Pág. 116 y 117.

²⁴ Vid. FERREIRO GALGUERA, J., *Op. Cit.* Pág. 117.

²⁵ Vid. MORENO ANTÓN, M., *Op. Cit.* Pág. 212.

España la laicidad tiene un sentido abierto o positivo que impide que el Estado mantenga una actitud combativa como sí sucede con la laicidad francesa²⁶.

La vestimenta del *hiyab* si responde al ejercicio de la libertad de creencias, como una manifestación de adecuación del comportamiento de la persona a tales convicciones -como entendemos que así ocurre- no puede encontrar otra limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley²⁷.

El art.2 LOLR señala que las manifestaciones de la libertad religiosa son, de un lado, el derecho a profesar las creencias religiosas que libremente elija y de otro, el derecho a manifestar libremente sus propias creencias. El uso del *hiyab* debe interpretarse, por tanto, como una dimensión externa de este derecho de libertad religiosa²⁸ y por tanto, debe ser amparada por los poderes públicos.

Por otra parte, tampoco entendemos que la utilización del velo transgreda los límites de la libertad religiosa, esto es, el orden público. No parece que llevar el velo islámico a clase atente contra la salud, la moral o la seguridad pública, que son los elementos protegidos por la ley.

Nuestro Tribunal Constitucional ha manifestado que el orden público cómo limite a la libertad religiosa no puede ser interpretado como una cláusula preventiva frente a *eventuales riesgos* a los derechos de terceros, porque en ese caso ella misma se convierte en el mayor peligro para el ejercicio de ese derecho de libertad²⁹.

²⁶ Vid. DIAZ MUÑOZ, O., *Op. Cit.* Pág. 230.

²⁷ Vid. ALENDA SALINAS, M., “*La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico*”, 9 (2005)” en DÍAZ MUÑOZ, *Op. Cit.* Pág. 232.

²⁸ Vid. FERREIRO GALGUERA, J., *Op. Cit.* Pág. 118.

²⁹ DIAZ MUÑOZ, O., *Op. Cit.* Pág. 233.

Solamente cuando se acredite en sede judicial la existencia de un peligro cierto para la seguridad, salud y moralidad pública, tal y como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto³⁰.

En definitiva, la legislación española impide que se limite el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, al no existir vulneración del orden público por parte de las mujeres islámicas que portan *hiyab*.

Cuestión distinta es el uso del velo islámico por parte del profesorado. Es relevante señalar que las únicas limitaciones que pueden imponerse a éstos a llevar símbolos religiosos es consecuencia de que éstos sean transmisores de valores y dada su trascendencia con los menores, puedan interferir en la libre formación de la conciencia del menor³¹.

Aunque lo cierto es que la neutralidad se predica de la institución y no de las personas que la conforman, debemos entender que el profesor es un miembro de la comunidad educativa y que como tal, su conducta personal debe ser acorde con dicha neutralidad, lo que conlleva discreción en los atuendos empleados por éste³².

En este sentido, señala el Tribunal Constitucional que *“la neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos (...) impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renunciar a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias, que, por decisión libre, o forzadas por las circunstancias, no*

³⁰ STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11 en DÍAZ MUÑOZ, *Op. Cit.* Pág. 233.

³¹ ESCOBAR MARÍN, J.A., *Op. Cit.* Pág. 97.

³² MORENO ANTÓN, M., *Op. Cit.* Pág. 213.

han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita”³³.

Aunque es difícil que la forma de vestir pueda ser considerada un acto de proselitismo o de adoctrinamiento, entendemos que de conformidad con la neutralidad del Estado y la prohibición de adoctrinamiento de los menores en los centros educativos³⁴, entendemos que sí existiría justificación para la prohibición del uso del velo islámico en los centros docentes.

3.3. El uso del velo islámico en los centros sanitarios públicos.

Brevemente comentaremos la situación del uso del velo islámico en los servicios sanitarios, señalando en primer lugar que el principio de laicidad positiva faculta a usuarios y pacientes, en el libre ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, a portar símbolos acordes a la religión que profesen³⁵.

En determinadas circunstancias se permite la retirada temporal de simbología religiosa, en base a la autonomía del paciente, como sucedería en aquellos casos en los que el paciente se negara a recibir la prestación sanitaria ante objetos religiosos, permitiendo que el facultativo retirara los mismos y en el caso de que éste se negara, estaría renunciando expresamente a la atención sanitaria³⁶.

³³ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9º en MORENO ANTÓN, M., *Op. Cit.* Pág. 213.

³⁴ MORENO ANTÓN, M., *Op. Cit.* Pág. 214.

³⁵ MARABEL MATOS, J.J., *Op. Cit.* Pág. 413.

³⁶ *Ibidem.* Pág. 413.

En cuanto al personal sanitario, no existen obstáculos que impidan la exhibición de simbología religiosa, si bien los reglamentos de los centros desaconsejan su uso en determinadas circunstancias, ya que las Administraciones públicas pueden regular y limitar el uso de estas vestimentas, siempre y cuando no exista discriminación en los términos del art. 14 CE.

Se puede concluir que el uso del velo islámico en los centros sanitarios públicos resulta amparado por el art. 16 CE y en ningún caso debe prohibirse el uso del velo en los mismos.

3.4. El uso del velo islámico integral en los espacios públicos en general.

A este respecto debemos señalar, que la regulación material que limite o regule el ejercicio de derechos fundamentales, necesariamente debe realizarse a través de una norma con rango legal³⁷. La limitación de la libertad religiosa debe requerir una Ley Orgánica, por lo que debería ser la propia LOLS o una futura reforma de la misma la que estableciera aquellos supuestos en los que puede procederse o no a la limitación del uso de esta prenda. De conformidad con lo dispuesto anteriormente, cabe necesariamente plantearse si las prohibiciones contenidas en las ordenanzas municipales respecto de acceso a edificios o los Reglamentos internos de los centros escolares, en los que se limita el uso de velo o prendas que cubran total o parcialmente la cabeza, tienen encaje constitucional, en tanto limitan el ejercicio de libertad religiosa y dicha limitación no opera bajo las garantías de una norma con rango legal.

³⁷ ALÁEZ CORRAL, B. *Op. Cit.* Pág. 508.

Respecto de las primeras, entiende la doctrina que al tratarse de Ordenanzas municipales que regulan la actividad de los ciudadanos en el ámbito de sus competencias y la seguridad en lugares públicos, conforme a una interpretación flexible realizada por la jurisprudencia constitucional en lo que a reserva de Ley se refiere, bastaría simplemente que en la Ley se fijen criterios mínimos sobre la conducta objeto de sanción para considerar cumplido el requisito de reserva de Ley, dotando de legitimidad constitucional a dichas Ordenanzas³⁸.

En segundo lugar, respecto de los Reglamentos internos de los colegios, los artículos 6.4.b), e), f) y g) de la Ley Orgánica de Educación, contienen deberes como participar en las actividades formativas, respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, así como respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo, son suficientes para contar con la cobertura legal mínima que permita entender que dicha regulación no vulnera la reserva de ley anteriormente mencionada³⁹.

3.4.1. El caso de Lleida

Merece especial atención la prohibición del velo integral en Lleida, que fue aprobado por el Pleno de 8 de octubre de 2010 de esa localidad, en el que “*se facultaba a los empleados municipales para prohibir la permanencia y acceso a espacios o locales públicos, respectivamente, a aquellas personas que portaran pasamontañas,*

³⁸ *Ibidem*. Pág. 509.

³⁹ *Ibidem*. Pág. 510.

caso o velo integral así como vestimentas u otros accesorios que impidiesen o dificultasen su identificación⁴⁰”.

La Asociación Watani por la Libertad y la Justicia, entendió conculcados los derechos a la igualdad, a la libertad ideológica y religiosa plasmados en nuestra Carta Magna, por lo que interpuso recurso especial de protección de derechos fundamentales, que finalmente ha concluido mediante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14 de febrero de 2013, declarando la vulneración del derecho de libertad religiosa plasmado en el art. 16 de la Constitución Española⁴¹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013 señala que se produce por parte del Ayuntamiento de Lleida una extralimitación competencial, pues aunque los Ayuntamiento tienen reconocidas competencias en materias como seguridad, integración social y cultural y convivencia ciudadana, no pueden en ningún caso restringir aspectos que puedan estar directamente vinculados con un derecho fundamental⁴².

Ello es así porque dispone el art. 53 CE que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. Señala la Sentencia que *“el hecho de que el referido precepto constitucional diga que “en todo caso deberá respetar su contenido esencial” no implica, como la expresión de la sentencia que analizamos pudiera sugerir, (y de ahí la conveniencia de su aclaración) que sea el contenido esencial del derecho fundamental lo exclusivamente reservado a la regulación de la ley, de modo que en lo que no sea contenido esencial*

⁴⁰ MARABEL MATOS, J.J., *Op. Cit.* Pág. 414.

⁴¹ MARABEL MATOS, J.J., *Op. Cit.* Pág. 415.

⁴² GARCÍA VÁZQUEZ, S., *op. Cit.* Pág. 396.

pueda quedar abierto a un espacio de regulación a otros poderes públicos distintos del legislador y por medio de otros vehículos normativos diferentes de la ley. Por el contrario, según el referido precepto constitucional, todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la Ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal”⁴³.

Sin embargo, no es esta extralimitación competencial la que más interesa al caso que nos ocupa sino la conclusión que se extrae del estudio del art. 16 de nuestra Carta Magna, “*verdadero centro neurálgico de este caso*”⁴⁴, afirmando la Sentencia que el uso del velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa, regulada en el art. 16.1 CE y que será preciso concretar cuáles son los límites de este derecho, remitiéndose a la reiterada doctrina constitucional en materia de orden público, sin que deba entenderse que el uso del velo islámico contraviene el mismo.

En este sentido, viene a señalar la Sentencia, en términos muy similares a los que ya hemos expuesto *ut supra* que “(...) *por grande que sea, y lo es, el choque de esa vestimenta con las concepciones culturales de nuestro país, no resulta aceptable prescindir, como hace la sentencia, de que ese uso sea voluntario o no. Partiendo de que la medida en cuestión (en cuanto sin duda tiene como referente subjetivo a mujeres adultas) se establece en un ámbito de libertad, como es el propio de nuestra sociedad en el marco de nuestra Constitución, y de que la mujer en él tiene a su disposición medidas adecuadas para optar en los términos que quiera por la vestimenta que*

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª) DE 14 de febrero de 2013. RJ 2013/2613. FJ 7º.

⁴⁴ STS de 14 de febrero de 2013. FJ 8º.

considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacérsele víctima, obteniendo la protección que nos ocupa, pueda partirse del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer, que es la base subyacente de la argumentación de la sentencia recurrida, que no podemos compartir⁴⁵”.

No viene esta tesis sino a mantener la postura que ya venía recogiendo la doctrina respecto de la alegación de la falta de igualdad de la mujer a la hora de prohibir el uso del velo islámico en los espacios públicos. Con esta Sentencia se vuelve a poner nuevamente el acento en la libertad religiosa en sentido estricto, dejando atrás, de manera acertada a nuestro parecer, otros debates carentes de sustento legal y que desvían la atención sobre el núcleo esencial de debate.

3.4.2. El caso de Reus

El julio de 2014, el Ayuntamiento de Reus aprobó la prohibición del uso del *burka* o velo integral en los espacios públicos a través de una Ordenanza de civismo.

⁴⁵ STS de 14 de febrero de 2013. FJ 10º.

Así, en la Ordenança de civisme a la Ciutat de Reus se establece que “*no és permès, per motius d seguretat pública i per evitar la pertorbació de la tranquil·litat i la convivència, romandre a la via pública ni accedir o romandre als autobusos municipals, a les instal·lacions, equipaments o local on es prestin serveis municipals, a les persones que portin vestimentes de qualsevol tipus i forma o accessoris que impedeixin o dificultin la identificació per mitjans visuals (...)*” (art. 10.3).

Como puede observarse, se evita aludir expresamente al velo islámico o cualquier simbología religiosa, pero es evidente que cuando se hace referencia a vestimentas que impidan o dificulten la identificación, existe una mención tácita al *burka* en tanto el mismo impide la identificación de la mujer que lo porta.

Esta Ordenanza municipal fue finalmente recurrida por diferentes asociaciones culturales catalanas, ante los Tribunales ordinarios. A este respecto, se ha dictado Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que, empleando los argumentos contenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, relativa al Ayuntamiento de Lleida⁴⁶, resuelve suspender el antecitado artículo contenido en la Ordenanza, hasta que recaiga sentencia firme.

Como vemos, en el caso de Reus, la cuestión se encuentra actualmente pendiente de resolución judicial, que a la vista de la falta de novedades legislativas, no habiéndose producido nuevas circunstancias con respecto a la Sentencia recaída en 2013 por el Tribunal Supremo, conduce a pensar que el sentido de dicho pronunciamiento judicial será el mismo que para el caso del Ayuntamiento de Lleida.

⁴⁶ Vid. *ut supra*.

Sea como fuere, se trata de una cuestión aún pendiente de resolución de los tribunales, por lo que entendemos que en lo que se refiere a la prohibición del uso de velo islámico en los espacios públicos, la cuestión no se encuentra superada en España.

4. CONCLUSIONES

Si la pregunta a la que hemos tratado de dar respuesta era si debe prohibirse el velo islámico en los espacios públicos en España, la respuesta debe ser no.

A lo largo del presente trabajo se ha puesto de manifiesto la prevalencia del derecho de libertad religiosa propugnada por el art. 16 CE, por no existir en el caso que nos ocupa vulneración del orden público, único límite que nuestra Carta Magna impone al ejercicio de este derecho.

No solamente la doctrina se ha mostrado partidaria de esta opinión sino que la misma ha venido reforzada por la jurisprudencia más reciente que ha entendido que la limitación de un derecho fundamental como es el de la libertad religiosa debe encontrarse debidamente justificada, aplicándose siempre, además, con carácter restrictivo.

El uso del velo islámico por parte de las mujeres musulmanas no vulnera el orden público en los términos del art. 16 CE y por ello, impedir su uso por parte de éstas supondría una vulneración de su derecho fundamental difícilmente justificable al amparo de nuestra legislación.

Entendemos que la postura mantenida por los Tribunales es acorde a la realidad social que impera en nuestros días, en el que el respeto a otras culturas y otras religiones es fundamental para un fácil entendimiento entre todas ellas. Con esta solución, queda garantizado el derecho a la libertad religiosa de las distintas confesiones religiosas, teniendo la misma perfecto encaje constitucional y respetando la legislación española en

materia de libertad religiosa. Se logra así un auténtico pluralismo religioso en nuestro país.

Solo desde esta perspectiva el derecho de las mujeres musulmanas a usar el velo en los espacios públicos, como una forma de manifestación de sus creencias religiosas, queda garantizado, protegido y amparado por nuestra Constitución, de tal forma que cualquier solución que pasara por la prohibición del uso del velo islámico por parte de las mujeres musulmanas no tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no debemos perder de vista que la cuestión principal aquí planteada radica en el uso del *hiyab* que solamente cubre parcialmente la cabeza de la mujer. Como hemos podido comprobar, cuando se va más allá de este pañuelo, como sucede en el caso del *burka*, las soluciones a adoptar no están tan claras y los límites son, si cabe, más difusos.

Nos encontramos actualmente ante una situación social y política en el que el islamismo radical es una amenaza real para occidente y no han sido pocos los países que se han lanzado a la incansable búsqueda de la protección ciudadana, aun cuando aquello suponga la limitación de importantes derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. Ya desde el año 2002, a raíz de los atentados del 11 de septiembre en Nueva York, la totalidad de la población mundial intensificó la lucha contra el terrorismo islámico y este año 2015 ha vuelto a reavivarse la polémica a raíz de los atentados ocurrido en París el pasado 7 de enero, a partir de los cuales, la totalidad de los países occidentales han manifestado su intención de seguir luchando activamente contra el terrorismo islámico.

Por lo tanto, entendemos que la cuestión relativa al *burka*, es una problemática que todavía puede seguir desarrollándose en España, más concretamente en el ámbito de la prohibición del uso del *burka* en espacios públicos, a raíz de la búsqueda del equilibrio entre el derecho a la libertad religiosa de las mujeres musulmanas y la posible vulneración o no del orden público, que se impone como límite a esta.

No se trata de una cuestión en absoluto baladí, y esperamos que por parte de los poderes públicos se encuentre ese tan ansiado equilibrio, a fin de que no se produzcan flagrantes vulneraciones de derechos humanos bajo la justificación de la protección de otros derechos fundamentales.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B. “*Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa*”. Teoría y realidad constitucional. Núm. 28. Uned. 2011.
- CAÑAMARES, ARRIBAS, S. “*Símbolos religiosos en un estado democrático y plural*”. Revista de Estudios Jurídicos nº10/2010 (Segunda Época). Universidad de Jaén (España). 2010.
- ESCOBAR MARÍN, J.A. “*El derecho de libertad religiosa y sus límites jurídicos*”. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXIX. 2006.
- ESLAVA, C. “*Revuelo por el velo*”, Revista la Tribuna del Derecho, Madrid. 1 de mayo de 2010.
- FERREIRO GALGUERA, J. “*Símbolos religiosos en la escuela pública: crucifijos en el aula y alumnas con hiyab*” en SOUTO PAZ, J.A., Coord, “*Educación y libertad*”, 2012, ISBN 978-84-15-45464-9.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S., “*El Derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial*”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 17. 2013. ISSN: 1138-039X.

- HART, “*Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*”. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson, 2006.

- MARABEL MATOS, J.J. “*El uso de simbología religiosa dinámica en espacios públicos sanitarios*”. Revista de Derecho UNED (12). 1º semestre. ISSN: 1886-9912. 2013.

- MORENO ANTÓN, M., “*Proyección multicultural de la libertad religiosa en el ámbito escolar*”. Revista Jurídica 13. Universidad Autónoma de Madrid. ISSN: 1575-720X. Universidad Autónoma de Madrid. 2005.

- POLO SABAU, J.R., “*Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho Español*”, Ed. Bosch. 2014.